

VU Research Portal

Incrementeel bestuursrecht

van Ommeren, F.J.

published in

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
2018

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. J. (2018). Incrementeel bestuursrecht: Een groeimodel voor de rechtsbetrekking. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2018(5), 210-213. [37].
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D046C7&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Incrementeel bestuursrecht: een groeimodel voor de rechtsbetrekking

NTB 2018/37

1. Responsief bestuursrecht

Een heel bijzondere schok of piek daargelaten, verloopt de rechtsontwikkeling over het algemeen tamelijk geleidelijk. Onze samenleving kan grote juridische veranderingen blijkbaar niet zo goed aan. Het is belangrijk om daarmee in het bestuursrecht voldoende rekening te houden. De meeste innovaties of veranderingen in het recht blijken een proces van lange adem te zijn.

Deze eenvoudige wijsheid dient mijns inziens ook bij het reflecteren op het “bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte” en de “grondslagen van een responsief bestuursrecht” in het oog te worden gehouden.² Responsief bestuursrecht vraagt om een wezenlijke wijziging van het traditionele bestuursrechtelijke denken. Bij responsief bestuursrecht staat de burger voorop, al dan niet in de rol van rechtzoekende, en wordt van openbaar bestuur en rechter een andere attitude verwacht. Hoe opmerkelijk dat wellicht mag klinken, men kan moeilijk beweren dat zulks tot op heden de dominante gedachte in het bestuursrecht was.³ Vanuit het oogpunt van wetgever en bestuur moet voor responsief bestuursrecht “van buiten naar binnen” worden gedacht. Dat leidt tot concrete zaken als de één-loket gedachte bij het openbaar bestuur, één rechtsgang voor uiteenlopende geschillen en meer in het algemeen tot de wenselijkheid van “prettig contact” met de overheid.⁴ Het vraagt er bovendien principieel om de gehele bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen bestuur en burger centraal te stellen, veel meer dan thans gebruikelijk is. Een dergelijke wisseling van perspectief is zo ingrijpend van aard dat die niet in één keer kan worden gerealiseerd, maar in vele kleine stapjes, geleidelijk aan, moeten worden bewerkstelligd.

2. Een incrementeel proces

Een geleidelijk ontwikkelingsproces wordt op verschillende terreinen wel aangeduid als een incrementeel proces. Ook het recht kent daarvan de nodige voorbeelden. Voor het algemene bestuursrecht vormt de totstandkoming van de

Awb waarschijnlijk het meest voor de hand liggende voorbeeld. Na de eerste schets, in de vorm van een voorontwerp in 1987, trad de eerste tranche van de Awb in 1994 in werking, waarna meerdere tranches en andere aanbouwstapen volgden.⁵ Het werk aan de Awb gaat nog steeds gestaag door, tot op de dag van vandaag. Er zijn trouwens verschillende onderwerpen waarvan het hoogst opmerkelijk is dat ze nog niet in de Awb zijn geregeld.⁶

De ontwikkelingen in de jurisprudentie verlopen niet anders. Het duurde enige decennia voordat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voldoende in de rechtspraak waren uitgekristalliseerd, zodat ze volwaardig konden worden gecodificeerd.⁷ Ook de ontwikkeling van nieuwe algemene beginselen van behoorlijk bestuur blijkt een proces van vele jaren. Te denken valt bijvoorbeeld aan het transparantiebeginsel, dat in de bestuursrechtspraak (nog) niet als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is erkend.⁸

Op een terrein waar wetgeving en rechtspraak zich over het algemeen zo geleidelijk aan ontwikkelen, ligt het in de rede dat voorstellen in de literatuur die een fundamentele inbreuk op het betrokken rechtssysteem met zich brengen, die geleidelijkheid bij voorbaat in acht nemen. Zou dat niet gebeuren, dan is de kans wel heel erg groot dat van die voorstellen weinig tot niets terecht komt.

3. Een groeimodel voor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking

De incrementele aard van de rechtsontwikkeling vormde voor Huisman en mij de leidende gedachte toen wij in 2013 samen een preadvies over de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking schreven voor de Vereniging voor bestuursrecht, de VAR.⁹ De titel daarvan luidde ‘Van besluit naar rechtsbetrekking’ en de ondertitel was: ‘een groeimodel’. Het is

1 Frank van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

2 De titel van de op 10 november 2017 te Rotterdam gehouden expertmeeting luidde: ‘Bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte. Grondslagen van een responsief bestuursrecht’. Deze bijdrage vormt een uitwerking van mijn aldaar gehouden korte presentatie.

3 Illustratief is dat ruim tien jaar geleden bij de derde evaluatie van de Awb van de vele daarvoor verschenen onderzoeksrapporten er – slechts – één over het perspectief van de burger ging, te weten: M.T.A.B. Laemers, L.E. de Groot- van Leeuwen & R. Fredriks, *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger*, Den Haag: Bju 2007.

4 Men zie o.a. de website van het Ministerie van BZK betreffende de Responsieve Overheid/Prettig Contact met de Overheid, <https://prettigcontact-metdeoverheid.nl>.

5 Waarover T.C. Borman, ‘Van Warb tot Awb: de invloed van de commissie-Scheltema op de Awb’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Deventer: Kluwer 2010, p. 23 e.v.

6 Min of meer voor de hand liggende onderwerpen zijn de bevoegdheids- en overeenkomst, waarover P.J. Huisman, *De bevoegdheids- en overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2012, p. 623 e.v. en de intrekking en wijziging van beschikkingen, waarover B. de Kam, *De intrekking van beschikkingen, mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, diss. Nijmegen, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 444 e.v.

7 Zie P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1990.

8 In ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel werd weliswaar het beginsel van gelijke kansen erkend, maar het transparantiebeginsel niet, waarover m.n. R.J.G.M. Widdershoven, ‘Een ervaring als staatsraad advocaat-generaal: op zoek naar een rechtsbeginsel’, in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, p. 87 e.v. en in dezelfde bundel: F.J. van Ommeren, ‘Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag’, a.w., p. 191 e.v.

9 F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, ‘Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel’, in: F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen & K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Bju 2013, p. 7 e.v.

vooral die ondertitel waarop ik nu hier de aandacht wil vestigen. Wij hebben er destijds bewust voor gekozen ons verhaal als een groeimodel te presenteren. Dat had natuurlijk ook anders gekund. Het verzoek van het bestuur van de VAR was te zorgen voor “een meer algemeen, visionair preadvies waarin de grote lijn wordt beschreven”. Onze zorg was dat als we ervoor zouden kiezen in één keer het eindpunt van onze visie onder woorden te brengen, zonder te laten zien welke tussenstappen daarvoor op termijn in het bestuursrecht zouden moeten of kunnen worden gezet, we weinig of geen weerklank zouden krijgen en het verhaal als weinig realistisch of utopisch zou worden weggezet.

Over de inhoud van onze voorstellen wil ik hier kort zijn, daarvoor zij naar het preadvies verwezen. Bovendien zijn er, zoals wij destijds hebben aangegeven, ook andere auteurs die in dezelfde richting denken.¹⁰ Het gaat er hier nu primair om het idee van het groeimodel iets meer voor het voetlicht te brengen. Kern van ons betoog is dat in aanvulling op het besluitbegrip van de Awb de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het bestuursrecht veel meer centraal zou moeten komen te staan en de competentie van de bestuursrechter langs die weg met behulp van een verzoekschrift-procedure zou moeten worden uitgebreid. Zoiets kan niet goed in een keer in het gehele bestuursrecht over de gehele linie worden ingevoerd. De weg der geleidelijkheid dient hier voorop te staan. Daarvoor dient een groot aantal stappen te worden gezet. Het feitelijke bestuurshandelen komt daarvoor naar ons idee het eerst in aanmerking. Met name dient het feitelijke bestuurshandelen dat voorafgaat aan het besluit of dat ter uitvoering daarvan wordt verricht in veel meer gevallen dan nu bij de bestuursrechter te kunnen worden aangevochten.¹¹ Voorts dient onzes inziens hetzelfde te gaan gelden voor de aan Awb-besluiten gerelateerde overheidsovereenkomsten, dat wil zeggen voor de bevoegdheids-overeenkomst en de uitvoeringsovereenkomst.¹² In ons preadvies hebben wij ons het meest geconcentreerd op deze twee mogelijke toepassingen, maar dat laat uiteraard onverlet dat – op termijn – verdergaande stappen heel wel denkbaar zijn. Een volgende (derde) stap in het groeimodel zou kunnen zijn om de band met het Awb-besluit geheel door te snijden; daardoor zouden ook zelfstandig feitelijk

bestuurshandelingen onder de bestuursrechter kunnen komen. Wij hebben die derde stap niet echt bepleit, dat zou meer onderzoek vergen, maar hem ook niet bij voorbaat uitgesloten. Een denkbare (vierde) vervolgstap zou kunnen zijn ook voor overeenkomsten de band met het Awb-besluit geheel los te laten; daardoor zou ook privaatrechtelijk overheidshandelen onder de bestuursrechter komen. Van deze laatste stap zijn wij uitdrukkelijk geen voorstanders, maar theoretisch laat hij zich heel wel denken.

Bij deze zeer korte schets van mogelijke stappen passen wel enige voorbehouden. In de eerste plaats is van belang dat dit groeimodel hier aldus eigenlijk te beperkt en te schematisch is weergegeven. Er is namelijk een veelheid aan meer verfijnde tussenstappen denkbaar. Zo valt bij de hier als derde genoemde stap goed te onderscheiden tussen zelfstandig feitelijk bestuurlijk handelen met en zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag. Een mogelijke, meer fundamentele, tussenstap is ook de andere kant van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te bekijken: brengt deze benadering niet met zich dat het bestuur onder omstandigheden een vordering bij de bestuursrechter zou moeten kunnen instellen?¹³ Met name als de bestuursrechter kennis zou mogen nemen van (bepaalde) overheidsovereenkomsten ligt dat nogal voor de hand. Bovendien laat dit groeimodel tevens de ruimte voor andere uitwerkingen dan hier in een paar woorden kan worden geschetst.

Daarbij komt ook nog dat, aangezien het algemene bestuursrecht wel op erg veel uiteenlopende maatschappelijke terreinen betrekking heeft, het zelfs voor de eerste stap verstandig is om met een dergelijke koerswijziging eerst op enige deelreinen ervaringen op te doen, alvorens die in het gehele bestuursrecht in te voeren. Ook dat past bij een stapsgewijze aanpak. Het is overigens verheugend om te zien dat voor het terrein van het sociaal domein daarover inmiddels serieus wordt nagedacht.¹⁴ Dat neemt uiteraard niet weg dat er allerlei andere maatschappelijke terreinen zijn die daarvoor eveneens in aanmerking kunnen komen.

4. Hollen of stilstaan?

Tijdens de jaarvergadering van de VAR werd door de interveniënten nogal wisselend over het groeimodel gedacht. Voor de één gingen de voorstellen niet ver genoeg, voor de ander gingen ze daarentegen veel te ver. Zo rees de vraag of we niet in één keer zouden moeten doorstoten naar het Franse model. Dat is het model waarin, (veel te) kort en ongenueanceerd gezegd, vrijwel alle overheidshandelen onder de bestuursrechter komt, dus ook veel handelen dat wij in Nederland als privaatrechtelijk overheidshandelen be-

10 M.n. Ch.W. Backes & A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de 'besluiten-Awb'', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Deventer: Kluwer 2010, p. 75 e.v.

11 Wij hebben de lijn over het feitelijke bestuurshandelen aan de hand van een jurisprudentie-analyse in dit tijdschrift nader uitwerkt: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: op zoek naar een scherp criterium. Feitelijk handelen bij de bestuursrechter', *NTB* 2014/6 (p. 50 e.v.). Zie daarover recentelijk ook: J.A.F. Peters, 'In de ban van het besluit', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, 27 e.v. en in dezelfde bundel: B. Assink & A.M.M.M. Bots, 'Het besluit voorbij, of toch niet?', *a.w.*, p. 61 e.v.

12 De lijn over de verschillende soorten overheidsovereenkomsten hebben wij onder meer nader uitgewerkt in ons preadvies: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, 'De bijzondere positie van de overheid in het Nederlands privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht', in: D. Asser (red.), *Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden* (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Bju 2015, p. 83 e.v.

13 Op dit aspect van de rechtsbetrekking-benadering is nog nauwelijks ingegaan, maar zie vrij kritisch voor het terrein van de handhaving: R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Band 1, 7^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 852 e.v.

14 Zie daarover recent het themanummer van dit tijdschrift 'Rechtsbescherming in het sociaal domein', *NTB* 2018, afl. 1, nrs. 2018/1 tot en met 2018/12 en ook A.T. Marseille, 'Weg van het besluit en het bestuur in het sociaal domein: gevolgen voor de rechtsbescherming', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 45 e.v.

schouwen.¹⁵ Anderen hadden evenwel al grote aarzelingen bij de eerste stap: die van een voorzichtige uitbreiding met een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure voor bepaalde feitelijke bestuurlijke uitvoeringshandelingen.¹⁶ Die reacties gaven ons als preadviseurs overigens de indruk dat we misschien toch niet zo'n gekke middenweg hadden gekozen.

Bij de laatste speelden overigens niet alleen principiële bezwaren tegen de voorstellen mee. De *sense of urgency* van de voorstellen werd in twijfel getrokken: was er wel een echt probleem dat moest worden opgelost?¹⁷ Het is nog maar vijf jaar geleden, maar inmiddels wordt de behoefte daaraan, zo blijkt uit enig onderzoek, in elk geval voor het sociaal domein vrijwel niet meer betwijfeld.¹⁸

Kenmerkend voor de cultuur in ons vakgebied is dat er (op een lange dag met veel interventies) welgeteld slechts één interventie betrekking had op de fundamentele vraag of een rechtsbetrekking-benadering überhaupt wel in het bestuursrecht past. Ontstaat er door een veelheid aan Awb-besluiten en andere bestuurshandelingen eigenlijk wel een rechtsbetrekking tussen bestuur en burger?¹⁹ Huisman en ik menen dat zulks inderdaad het geval is, maar ook daarover kan men anders denken.

Ruim een jaar geleden is een zeer lezenswaardig proefschrift verschenen dat de fundamentele benadering evenwel niet schuwt. Object van deze studie van de hand van Van den Berge is de ontwikkeling naar een "relationeel bestuursrecht". In dit boek wordt het groeimodel in context geplaatst. Deze auteur betoogt:

"Met hun 'groeimodel' lijken Van Ommeren en Huisman een *communis opinio* te verwoorden die zich de laatste jaren in de bestuursrechtelijke literatuur steeds duidelijker aftekent."²⁰

Op dit boek kom ik zo nog even terug.

5. Rechtshistorische of rechtstheoretische invalshoek?

Bij een groeimodel past een historische invalshoek. Men moet immers wel weten waar men vandaan komt voordat naar de toekomst kan worden gekeken.

Het aantrekkelijke van een groeimodel is dat het een goede aanleiding biedt om eerst terug te kijken naar het verleden en te kijken waarop de rechtsontwikkeling tot op dat moment is gestoeld. Dat geeft niet alleen een beginpunt en vaste grond onder de voeten, maar ook ruimte om te kijken naar de oorspronkelijke redenen voor destijds gemaakte keuzes teneinde vervolgens te bezien in hoeverre die keuzes vandaag de dag nog zinvol zijn en in dat licht de huidige situatie te beoordelen. Zodoende kunnen op grond van het verleden ontdekte lijnen verder worden doorgetrokken naar de toekomst, zonder in een klakkeloze extrapolatie te vervallen. De gecreëerde afwegingsruimte is ook essentieel voor het hanteren van een groeimodel. We kozen dus niet alleen voor een groeimodel maar eigenlijk als vanzelf ook voor een historische invalshoek.

Voor een stuk over de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking lag het dan ook voor de hand om te bekijken welke bestuursrechtelijke auteurs zich in het verleden al zich over deze rechtsfiguur hadden gebogen. In het bestuursrecht is het vooral Vegting (1954) geweest die zich er sterk voor heeft gemaakt het algemene bestuursrecht in termen van de 'administratieve rechtsbetrekking' te beschrijven. Het is nuttig zijn gedachten af te zetten tegen de oudere beschikingsbenadering van Van der Pot (1932), die tot nu toe van veel grotere invloed is geweest.²¹

Van den Berge vraagt zich in zijn zojuist genoemde proefschrift af waarom wij niet meer aandacht hebben besteed aan de rechtstheoretische beschouwingen over de figuur van de rechtsbetrekking.²² Daaraan is in zijn ogen duidelijk behoefte. Wij zijn dat graag met hem eens. Het zou echter niet verstandig zijn geweest dat eveneens in hetzelfde preadvies te doen. Zeker in de publicatiecultuur van het Nederlandse bestuursrecht geldt voor een preadvies: overdaad schaadt. Het was dan ook een bewuste keuze van Huisman en mij om niet allerlei rechtstheoretici ten tonele te voeren die zich eveneens over de figuur van de rechtsbetrekking hebben gebogen, zoals Achterberg in Duitsland en Hirsch Ballin en Foqué ten onzent. Dit neemt natuurlijk niet weg dat het heel goed mogelijk is het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking meer theoretisch te benaderen en dat zulks zonder twijfel zeer de moeite waard is. Van den Berges dissertatie vormt daarvan zelf het fraaie bewijs.

6. Incrementeel bestuursrecht

Een incrementele benadering is een stapsgewijze benadering, waarbij eerst het naar het verleden en het heden wordt gekeken en van daaruit naar de toekomst. Zo'n benadering

15 Interventie van A.J. Bok in: *Het besluit voorbij*, Verslag VAR-reeks 151, Den Haag: Bju 2014, p. 45 e.v.

16 O.a. C.N.J. Kortmann in: *Het besluit voorbij*, Verslag VAR-reeks 151, Den Haag: Bju 2014, p. 51 e.v. staat nogal op de rem. Recentelijk verzuchtte hij in dit blad dat voor een omwenteling eerst een crisis nodig is: C.N.J. Kortmann, 'Zonder crisis geen revolutie', *NTB* 2018/2 (p. 2, 3).

17 Het (vermeende) gebrek aan maatschappelijke noodzaak kwam vooral aan de orde in de bespreking van de preadviezen in dit tijdschrift door N. Verheij, 'De VAR-preadviezen 2013: op avontuur voorbij het besluit', *NTB* 2013/16 (p. 74 e.v.) en werd ter vergadering m.n. door De Waard onderschreven: *Het besluit voorbij*, Verslag VAR-reeks 151, Den Haag: Bju 2014, p. 62, maar toen al meteen uitdrukkelijk tegengesproken door Polak: *Het besluit voorbij*, Verslag VAR-reeks 151, Den Haag: Bju 2014, p. 25.

18 B.J. van Ettehoven & A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?', in: *Afscheid van de klassieke procedure?* (preadviezen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2017), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 164 e.v. Zie ook de Afdeling advisering van de Raad van State, *En nu verder! Vierde periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen na de decentralisaties in het sociale en fysieke domein*, Den Haag: 2016, p. 66, 67 en het 'Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein' van regeringscommissaris Scheltens dat ter internetconsultatie was gelegd www.internetconsultatie.nl/geschilbeslechtingsociaaldomein.

19 C.J.A. Crasborn in: *Het besluit voorbij*, Verslag VAR-reeks 151, Den Haag: Bju 2014, p. 78.

20 L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, diss. Utrecht, Den Haag: Bju 2016, p. 217.

21 Zie over Vegting: Van Ommeren & Huisman 2013, p. 43 e.v. en over Van der Pot: Van Ommeren & Huisman 2013, p. 16 e.v.

22 Van den Berge 2016, p. 190 en 217.

verloopt geleidelijk en kost enige tijd. Ik meen dat een incrementele benadering van juridische ideeën goed past bij de stapsgewijze ontwikkeling die wetgeving en rechtspraak over het algemeen plegen door te maken, zeker op het terrein van het algemene bestuursrecht.

Men moet ten slotte niet denken dat het bestuursrecht achterloopt of ouderwets is met zijn incrementele rechtsontwikkeling. Integendeel, incrementeel vormgegeven processen komen op allerlei maatschappelijke terreinen voor. In het bijzonder ook software wordt op deze wijze ontwikkeld. Incrementele ICT-projecten zijn aan de orde van de dag. Het is een methode waarbij ons vakgebied maar beter kan aansluiten, wil het zijn contact met de sociale werkelijkheid niet verliezen. Dat betreft een sociale werkelijkheid die onder bepaalde omstandigheden om een responsieve overheid vraagt. En daarmee is de cirkel weer rond.